

215

POR

LA ABADESA, MONIAS, y Conuento de Santa Lucia de la ciudad de Badajoz, por la perſona de doña Ines Freyle de ~~Andrade,~~ chaves Monja profeſſa en el dicho Conuento.

CONTRA

Doña Ines Freyle de Andrade, viuda de don Fernando Gomez de Solis.

EN

Reſpueſta de ſu alegacion.

1 L Conuento tiene dada su alegacion a los señores Iuezes, en q̃ tiene prouado, que por la volũtad de Francisco Freyle de Andrade, tiene llamamiẽto expresso la dicha D. Ines Freyle su hija, Religiosa del Conuento, en exclusion de la dicha doña Ines Freyle su prima, que està llamada al vinculo que hizo el dicho Francisco Freyle de Andrade, despues de sus descendiente; y el responder a la alegacion contraria es, ex abundanti, porque no falte esta diligencia.

Respuesta al articulo primero.

2 ESTE Articulo empieça en la alegacion contraria desde numer. 4. y funda la actora la exclusion del Conuento, y la Religiosa en la misma clausula en que la Religiosa funda su admission, que es la que se insiere dict. num. 4.

3 Y se dize, que pues a falta de los hijos llamados, y de los que tuuiere el fundador llama a la actora, no quedò llamada la Religiosa, que no auia nacido despues, sino antes de la mejora. A que està satisfecho por el Conuento in 1. allegat. ex num. 10. donde està prouado, que la institucion de hijos limitada a los con que se halla el testador, se estiende a los superuenientes, de que no hablò, ni hizo mencion, ex volũtate testatoris, & nu. 11. se citò *la l. fin. C. de posthum. hæred. instituend.* que tambien es texto formal, que prueua, que los hijos ya nacidos se comprehenden en la institucion de heredero de los nascendos.

4 Y a la *l. si quis ita § si quis eum, ff. de testam. tutel.* que se cita en la alegacion contraria num. 16. està respõdido por el Conuento en su alegacion ex num. 12. y

la

la ponderacion que se haze por el Conuento *de la l. cùm auus de condit. & demonstr. l. cùm accutissimi, C. de fideicom. l. 10. tit. 4. part. 6. in dict. allegat. ex num. 17.* excluye todas las ponderaciones contrarias, pues la congetura, quod testator non censeatur alienas soboles propijs anteponere, es tan poderosa para admitir al hijo, o descendiente del fundador contra el substituto, etiam, que el testador no preuenga este caso. A la qual ponderaciõ, y las demas no se dà satisfacion en la alegacion contraria, ni aun se tocan los puntos desta materia, con que en vano se coacerban fundamentos no necessarios, pues ningunos excluyen la presumpta mente del testador, de que no quiso que su hazienda viniesse a estraños en exclusion de sus propios descendientes.

5 Y assi no es de importancia la particular ponderacion que se haze in allegat. contrar. num. 14. de que los grauamenes que puso el fundador, no quadran a la Religiosa, pues no puede traer nombre, ni armas, ni agregar al vinculo la parte de bienes que manda el testador, pues no los tiene.

6 Porque esta clausula se deue entender, respeto de las personas capazes de cumplir este grauamen, y no respecto de los que no puedẽ por la regla de la *l. plenum, § æquitij, ff. de vsu, & habitatione.*

7 Y no me detengo mas en este articulo, cerca de la voluntad del testador, porque està bien fundado en la primera alegacion; y porque si bien se podia fiar el sucesso del pleito deste punto en fauor del Conuento, no es el principal en que insiste para ser admitido a la sucession deste vinculo,

8 Sino el fundamento que resulta de defecto de potestad del dicho fundador, el qual es tan solido, y sin disputa, que ponit gladium ad radicem, pues siendo esta mejora de tercio, y quinto hecha en virtud

tud de la permision que dan las leyes de Toro, se deue guardar en las substituciones, y llamamientos, lo dispuesto por la *l. 27. de Toro*, lo qual conforme a la comun inteligēcia de los Regnicolas induce forma, como lo notan los referidos in 1. alleg. num. 25. Y es en tanto grado, que esta forma, ni se puede preuertir, ni renunciar, etiam de consensu patris meliorantis, & filij meliorati, vt in 1. allegat. num. 50.

9 De que infieren los DD. del Reyno, que como expressamente el padre no puede excluir el descendiente en fauor del transuersal, aunque lo disponga expressamente, tan poco lo puede hazer tacitamente, & in consequentiam, excluyendo Frayles, y Clerigos, o poniendo grauamen de nombre, y armas, o otra condicion, en cuyo defecto quede excluso el descendiēte q̃ no la cumple, ò no puede cumplir por su estado a fauor de vn transuersal: y desta opinion son todos los DD. del Reyno, citados in 1. alegat. num. 26.

Quo argumento victus advocatus contrarius, cōbolat ad aliud fundamentum resultans ex renuntiatione à prædicta moniali facta tempore ingressus religionis, y inserta la clausula della num. 21.

10 Y por tener por cierto, que este era el vnico fundamento de la actora, se respondio a èl concluyentissimamēte in 1. allegat. ex num. 33. vsque ad 63. & ad maiorem corroborationem, se responde facilmente a los fundamentos de la alegacion contraria, ex num. 22.

Et primò, dize dict. num. 22. que aquellas palabras generales de la renunciacion son poderosas para comprehender las legitimas, y mejora que pudiesse hazer su padre, & per consequens, quodlibet fideicommissum.

11 La qual conclusion, quando sea cierta, no es a proposito

posito de la materia: porque si el fideicomisso era deuido a la Religiosa, tempore renuntiationis, como las legitimas, todo se podia comprehender en ellas; pero nuestra question es diuersa, porque se trata de que en dicha renunciacion se comprehenda el derecho de suceder en mejora que no estaua hecha, y despues de hermanos, q̃ eran viuos, y que el derecho de la sucesion se le auia de deferir despues de su muerte. Et sic erat ius de futuro, quo casu, estamos en terminos de la dotrina de *Bart. in l. qui Romæ, §. duo fratres, quæst. 6. de verborum obligation. de qua in 1. allegation. num. 51. cùm sequentibus*, vbi renuntiatio generalis, non comprehendit ius competens renuntianti de futuro.

12 Y la conclusion de la alegacion contraria num. 22. no es contraria: porque lo que alli se dize es, que por las palabras generales se entiende renunciado el fideicomisso, y la resolucion de *Cancer lib. 2. variar. cap. 8. num. 50.* no prueua la conclusion, sino otra muy diuersa: porque solo dize, que en la general disposicion, etiam sine iuramento veniunt ea de quibus est cogitatum in genere, por la *l. qui iure militari, ff. de testam. militis, l. sub prætextu la 2. C. de transf. cum similibus*, en que ay muchos casos especiales, que requieren particular expresion, y que entonces el juramento, habet vim illius spetialis expresionis.

13 Y lo que se dize num. 23. de que siendo jurada la renunciacion de la dicha Religiosa, habet vim spetialis expresionis, para comprehender este fideicomisso tan poco es aplicable a este caso: porque como dize *Cancer citado en contrario en este num. dict. cap. 8. num. 48. in 2. edit.* concurre con lo que el Conuento ha menester, que quando en la renunciacion cogitatum est in genere de bonis renuntiatis, & de

actione ad ea competenti, tunciuramentum oppe-ratur, vim ſpetialis conſenſus, lo qual falta en eſte ca-ſo, quia in genere, nec in ſpetie non fuit à renuntiã-tibus cogitatum de iure de futuro, quod non erat creatum, nec potuit cogitari de futura ſuccesſione. Y aſsi el juramento no obrò nada.

14 Y conforme a la reſolucion de *Fuſar. quæſt.* 587. *num.* 14. para que el juramento obre eſpecial con-ſentimiento, es meneſter que eſpecialmēte ſe inter-ponga, ſuper iure de futuro, y en la renunciacion de la legitima viene a ſeguir la miſma concluſion de *Cancer. ipſe Fuſar. quæſt.* 296. *num.* 100. *vſque ad* 104. donde para la aprouacion del teſtamento del padre en que graua las legitimas del hijo que acepta el teſ-tamento, y jura la aceptacion, auiendo pueſto dos comunes opiniones contrarias: vna que baſta la aceptacion jurada; otra que no *num.* 104. reduze la queſtion a la veriſimil mente de las partes, para que ſi cogitatum eſt, de legitima in genere, obre la acepta-cion jurada, y ſino, no, con que ſe reſponde a lo que ſe dize en la informacion contraria num. 23. & 24. y los Doctores que en eſtos numeros ſe citan ſon deſta miſma opinion, y diſtinguen entre la ve-riſimil mente del hijo que renuncia para que obre ſu efecto.

15 Num. 25. ſe trata de la renunciacion del feudo, ſi ſe puede hazer, ſiendo eſpecial, quod nihil ad rem, pueſto que en nueſtro caſo, ni eſpecial, ni general-mente no ſe renunciò el derecho de futuro que te-nia eſta Religioſa a ſuceder en eſta mejora, que no eſtaua hecha por ſu padre.

16 Num. 28. & 29. ſe dize, que ay diferencia entre la repudiacion, o renunciacion à efecto de cōprehen-der en ella el derecho de futuro: porque como conſ-ta de lo reſuelto in 1. allegation. ex num. 51. cum

ſe-

ſequentibus. Todos los Doctores alli citados hablan expreſſamente en renunciacion de derecho de futuro, fundandoſe en la veriſimil mente del que renuncia, y del que acepta la renunciacion, que ninguno quiſo comprehender derecho que no le pertenecia; y demas de los Autores alli citados ſe ha de añadir al miſmo *Fuſario* (que tambien està alli citado) *quæſt.* 593 *.num.*91. donde explicando la doctrina de *Bart. in dict.l. qui Romæ, §. duo fratres, quæſt.*6 *.num.*19. dize, que el derecho del fideicomiſſo no ſe entiende renunciado; etiam quod partes remiſſerint omne ius competens, & competiturum, vel ius quod habent, vel habere poſſunt, vel ius quod habent, vel habere ſperant, *&* *num.* 93. dize, que eſta opinion es cierta, y ſin duda, quando los tranſigentes ignorauan el fideicomiſſo que pretendian, ſe incluyeſſe en la renunciacion, y tranſacion: y aqui es claro, que padre, y hijo ignoraron la dicha mejora, pues no ſolo no eſtaua hecha, pero ni le podia conſtar que ſe auia de hazer.

17 Num. 30. de la alegacion contraria, fol. 8. ſe dize, que no obſta la ponderacion, y argumento que ſe haze por el Conuento contra la renunciacion, de que auiendoſe hecho en contemplacion de ſus hermanos ceſſa, eis extinctis: y ſe dize, que eſto ſe deue entender quando los hermanos faltan en vida del padre, y que en nueſtro caſo faltaron mucho deſpues, y que aſsi la dicha renunciacion ha de obrar ſu efeto.

A que eſtà reſpondido in 1. allegat. ex num. 39.

18 Num. 31. ſe dize, que la renunciacion ſe hizo en fauor de los padres; y que aſsi aunque han faltado los hermanos, ha de durar la renunciacion: porque como conſta de lo reſuelto in 1. allegation. num. 33. & 34. eſta renunciacion ſe hizo en fauor

de

de los hermanos, y se refirieron las palabras de la renunciacion que prueuan esto, y tambien se presume de derecho, que la renunciacion se hizo en fauor de los hermanos, *vt ex Couar. & aliis*, ibi dictum est.

19 Y no se percibe quà de causa num. 35. se cita à *Molin. in addit. ad finem libri num. 10.* Porque es en fauor del Conuento, puesto que alli declara lo que auia dicho en el libro de primog. en quãto a la obligacion que el padre tenia de guardar en la mejora de tercio y quinto, la orden, y forma de lo dispuesto en la *l. 27. de Toro*: y dize, que no se contrauendrà a la orden desta ley, excluyendo los Clerigos, Religiosos, y Religiosas en beneficio de otros descendientes, capazes de la mejora, por estar en el primero grado de las substituciones de aquella ley; y lo mismo dizen *Gutierr. y Castillo*, q̃ el Abagado cõtrario cita.

20 Y no obsta dezir, que esta renunciacion solo puede seruir de admitir a la transuersal del fundador, en exclusion de la hija Religiosa. A la qual ponderaciõ resisten todos los fundamentos del Conuento, de que la mejora no estaua fundada, y que era incierto si se auia de fundar, ò no, y que era derecho de futuro.

21 A lo qual añado, que conforme a la *decision de Cabedo 90. num. 6. part. 1.* y otros Doctores referidos in 1. allegat. num. 59. & 60, quãdo este mayorazgo estuuiera fundado, y le posseyera la Religiosa ante ingressum, o tuuiera llamamiento a èl, y le huuiera renunciado en fauor de sus hermanos, y pretendiera, ellos acabados, la prima sucedio en perjuizio de la Religiosa renunciante, tunc absq; dubio ex verisimili mente ipsius, auia de boluer a ella el mayorazgo, y no a los llamados a falta della, & ibi relatis addo *Fusar. quæst. 593. numer. 164. 165.*

ergo

ergo à fortiori nueſtro caſo es mas llano, pues la dicha Religioſa tiene llamamiento legal y preciſo en eſta mejora: y quando renuncio, fue en fauor de ſus hermanos, atque ita his extinctis, ſe quedò con ſu derecho, como hija y deſcendiente de los fundadores.

22 Deſde num. 40. ſe reconoce, que en el tercio de bienes de los fundadores ſolo puede auer controuerſia: pero no en la legitima de don Nicolas primero llamado, de qua ibi num. 41. Ni en el oficio de Regidor de Badajoz, vt ibi num. 42. Ni en el remanente del quinto, vt ibi num. 43. en que la dicha doña Ines Freile pretende ſuceder en virtud de ſu llamamiento, por dezir que eſtos bienes no eſtan ſujetos a la diſpoſicion de la *ley 27. de Toro*, y forma dada en las ſubſtituciones della.

A que eſtà ſatisfecho in prima allegatione, num. 64.

23 Y porque ſe inſiſte mucho en la detraccion deſtos bienes, placuit ſuper eis latiùs diſcurrere.

Legitima de don Nicolas.

24 En quanto a eſta legitima de don Nicolas dize la alegacion cõtraria, num. 41. que ſe ha de reputar por fundacion de vinculo hecha por el, y no por ſu padre; porque en tanto valio la comprehenſion, que della ſe hizo en el vinculo, en quanto el dicho don Nicolas conſintio, y que aſsi ſe ha de atribuir a el la dicha fundacion.

25 A que ſe ſatisfaze, que eſto procediera ſi al tiempo que el dicho don Nicolas conſintio huuiera heredado la dicha legitima: pero auiendolo hecho viuiendo ſu padre, y en tiempo que no tenia derecho a la legitima, no ſe ha de reputar la diſpoſicion por ſuya, ſino por de ſu padre, vt in terminis tradit *Beroi. conſ. 43. n. 2.*

2. *& per tot. lib.* 1. que habla en nuestro caso, quando el hijo consiente en vida del padre que le graue la legitima, que en esto no quedan prejudicados sus acreedores, ni pueden impugnar el consentimiẽto: porque quando le dio no tenia derecho alguno a ellos, nec ius adeundi erat delatum, sed deferendum, & ideò nõ poterat dici esse in bonis filij, sequitur *Mastrill. decis.* 181. *par.* 2. donde resuelue, que el padre puede en perjuizio de los acreedores del hijo fundar mayorazgo de su legitima con su consentimiẽto, sin que ellos lo puedan impugnar, sequitur *Thesaur. lib.* 3. *quæstio. forens. q.* 74.

26 Et magis in terminis resoluio esto *Flores de Mena in additione ad Gamam decis.* 218. *fol. mihi* 188. *col.* 3. En todos los quatro casos, en este punto distingue, si los acreedores del hijo tienen derecho a los bienes del mayorazgo que se funda con su consentimiento.

27 Y el primer caso, de quo ibi, vers. *Primus est*, le figura en el hijo, que aprueua el mayorazgo fundado por el padre, que repudia su herencia, tunc enim se reputa por mayorazgo del padre, y los acreedores del hijo no tienen derecho a los bienes: porque repudiada la herencia, nunca fue suya.

28 Y el segundo caso, de quo ibi, versic. *Secundus casus est*, es del hijo, que primero aprueua el grauamẽ del mayorazgo, y despues acepta la herencia de los demas bienes del padre: tunc enim dize Flores, que tampoco los acreedores tendran derecho en el mayorazgo: porque como pudo el hijo repudiarle en perjuizio de los acreedores, por la *l. qui autem, ff. quæ in fraudem creditorum*, pudo por la misma razon repudiarle en parte, scilicet, libertatem bonorum; & sicut potuit nõ adquirere, potuit nolle bona libera adquirere, sed vinculata.

29 Y el tercero caso, que pone la adicion, es, quando el

el hijo primero aceptò la herencia, y despues tacita, o expressamente aprouò el mayorazgo: tunc enim si tenia deudas quando hizo la aprouacion, videtur maioratus ab eo institutus; y los acreedores tendran derecho a el: & revera si fuera vtil, se podra reprouar la decision deste tercero caso, por la razon del segundo: porque en el dize *Flores*, quòd quà ratione potuit filius, in præiuditium creditorum suorum bona non adquirere, potuit etiam repudiationem limitatam facere, consentiendo grauamẽ maioratus. Atque ita in tertio casu pudo hazer lo mismo, sin embargo de auer primero aceptado la herencia del padre, por ser diuersa del mayorazgo, aunque los acreedores podian tener derecho en ella, por ser patrimonio de su deudor: pero no en el mayorazgo, por auer entrado los bienes en el hijo con aquel grauamen de no poderse enagenar. Y el consentimiento no es fundacion, sino vna adquisicion limitada de aquella hazienda; que como pudo no hazerla, pudo hazerla con la dicha limitacion, de que no pueden quexarse los acreedores, *ex regul. dict. l. qui autem, ff. quæ in fraudem creditor. l. non fraudantur, de regulis iuris. Menoch. consil. 1220. numer. 14. & sequentibus, volumine 13. & in additio. ad tractat. de præsumptio. libro tertio, præsumption. 30. in additione ad numer. 57. versic. Primus est, quando pater, fol. mihi 7. & 8.* Y en ambos lugares estiende *Menoch.* esta conclusion a los acreedores hipotecarios. *Peregrin. consil. 16. numer. 14. & sequentibus, libro tertio. Mangilio de imputat. quæst. 4. numer. 5. & seqq. & quæstione 117. numer. 3. Paschal. de patria potest. part. 2. cap. 4. numer. 165. & sequentib. Muta decis. Siciliæ 40. numer. 20. Laderchio de Imola consil. 36. numer. 17. 18. & 19. Castillo tomo 5. cap. 112. numer. 51. cum seqq. & supra, numer. 31.* reprueua a *Ancharr. cons. 101.*

El

30 El quarto caso, que pone *Flores in dict. decis.* 218. es en terminos del tercero, quando filius tempore approbationis credita non habebat, & posteà contraxit, tunc resuelue, que estos acreedores, que son futuros, no pueden impugnar el mayorazgo, ni cobrar del, por auer contratado quando ya estaua perfecto y constituido irreuocablemente.

31 Y no obstan las alegaciones de *Bald. in l. si vt proponis, C. de seruo pugnat. dat. manumis. & in l. fin. C. de pact. num.* 1. *vers. An autem ille, qui non possit. Tiraqu. ad leg. connubiales, glos.* 3. *verb. contrahere, numer.* 142. 143. *& in l. si vnquam, verb. donatione largitus, quæst.* 21. *num.* 279. *vers. In ea sunt sententia. Molin. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 23. Porque proceden, quando el que consiente la enagenacion es dueño de los bienes, quia tunc alienans hoc facit vt procurator domini, & dominus consentiendo dominium transfert: pero no siendo señor el que consiente, tunc nihil de suo dat, nec dominium transfert, sed solùm actum approbat. *Isernia in cap. Imperialem, de prohibita feudi alienat. per Federic. num.* 11. *& ibi Camerar. fol. mihi* 75. *col.* 4. *idē Isernia in cap.* 1. *qui successores teneantur, n.* 6. *Paris. de Puteo de reintegratione feudi, cap.* 267. *numer.* 5. *Freccia de subfeud. libro secundo, quæst.* 29. *numer.* 3. *Contard. in l. vnica, C. si de mom. limitat.* 2. §. 8. *numer.* 47. *Valasc. de partit. cap.* 13. *numer.* 70. *Franchis decis.* 540. *num.* 9. 10. *&* 11. *Nouar. lib.* 1. *quæst. forens. quæst.* 38. *numer.* 12. *vers. Nec obstat. Laratha consil.* 43. *numer.* 3. *Montan. in repetit. cap. Imperialem, sup.* §. *Imperialem, sub numer.* 53. *litera B. versic. Mihi autem. Rouit. in rubric. de feud. numer.* 66. *cum sequentibus, & consil.* 1. *numer.* 7. *&* 8. *libro secundo. Georgio in repet. feudalib. cap.* 6. *num.* 14. *& seqq. Corbulo de caus. priuat. ob alienationem irrequisito domino fact. ampliat.* 6. *numer.* 2.

Oficio

32 EN Quanto a este oficio se dize en la alegacion contraria num.42. que no procede la *l. 27. de Toro*, porque se pudo disponer, y dispuso del en virtud de facultad, qual es la clausula del titulo, referida in 1. allegat.num.69.

33 Lo qual es incierto: porque la dicha clausula no dize que se pueda hazer mayorazgo del dicho oficio, y que sea como si se hiziera con facultad Real, como era necessario que lo dixera, para que el fundador pudiera en los llamamiẽtos peruertir las subsstituciones de la *l.27. de Toro*. Porque solo permite, que se pueda auẽtajar en el dicho oficio a qualquiera de los hijos del comprador, vltra del tercio y quinto, que solo es aumentar los bienes del padre para que pueda disponer dellos: pero no por esto se permite derogar las leyes de las mejoras. Para la qual respuesta es texto formal *la l. si quando in principio, C. de inofficios. testam.* y lo demas que se aduirtiò in 1. allegat.num.69.

34 A que se ha de añadir la resolucion de *Mieres 1. part.quæst.1.num.147. 148. in 2. edit.* que por la doctrina *de Bald. in dict. l. si quando, C. de inofficioso*, resuelue, que el padre en virtud de la facultad Real que obtiene para hazer mayorazgo, ò mejorar el hijo que quisiere, no podrà mejorar a la hija ratione dotis, por estar prohibida esta mejora por otra ley Real, y deuerse hazer la mejora, iuxta iuris dispositionem.

35 Quæ etiam conclusio à probatur *à Rota per Farinac. decis. 653. num. 5. & 6. tom. 1. in recent.* vbi fuit dictũ, quòd facultas à Principe patri concessa, quòd posit disponere de omnibus, & quibuscunque bonis ad libitum intelligitur prout de iure, idest, quòd filio relinquatur legitima, porque la facultad gene-

ral no basta para que la legitima quede prejudicada, y es menester especifica, y indiuidual permision, *ex Gregor. Lopez, & Roder. Suar. ibi allegatis, & n. 12.* Buelue la decision a confirmar esta conclusion con la *l. si quando in principio, C. de inoffic. testam.* & alijs ibi allegatis.

Atque ita, este oficio se ha de reputar por mas hazienda de la mejora del tercio del fundador, pero no para que la aya podido dexar a estraños en exclusion de su propia hija, contra la forma, y orden de la *l. 27. de Toro.*

QVINTO.

36 LA Alegacion contraria num. 43. dize, que tambien ha de suceder en el remanente del quinto doña Ines Freyle en exclusion de la Religiosa: porque la *l. 27. de Toro* solo trata del tercio, y de las substituciones que en el se pueden, y deuen hazer, y que el quinto queda libre a la voluntad del padre para que pueda disponer del libremente, aunque sea entre extraños, sin guardar la forma de la *l. 27. de Toro.*

A lo qual està satisfecho in 1. allegat. num. 65. donde se alegò la decision del Consejo en el pleito de tenuta de don Diego de Zuñiga con la Marquesa de Flores de Auila.

37 Y por cõtentarme cõ referir en este pũto *à Mier. y Castillo* en dos lugares no estendi la relacion de sus fundamentos, por parecerme tan facil leerlos en estos Autores como en la alegacion.

38 Pero para mayor claridad se deue aduertir, que *Mier. 3. p. q. 8. n. 17. in 2. edit.* tocò la question en terminos, y aunque no claramente la resoluio en fauor del descendiente, q̃ no pudo ser excluso para que suceda en el quinto, como vnido al tercio.

39 *Castillo tom. 5. cap. 100. præcipuè ex nu. 13. reasumio*

la

la queſtion mas de propoſito, y por varios fundamẽtos la reſoluio en fauor del miſmo deſcendiente, alegando *num.* 13. por primer fundamento la veriſimil mente del fundador, que inſtituyendo vinculo del tercio y quinto, fue viſto iuxta naturam maioratus, querer que la indiuiduidad ſe conſeruaſſe, y no ſe ſeparaſſe ſucediendo aquel caſo, y lo comprueua *n.*17. alegando la veriſimil mente del teſtador, *iuxta gloſ. in l. tale pactum, § fin. ff. de pactis*, que ſi ſupiera, y entendiera eſte caſo, quiſiera euitar la diuiſion, y que el hijo que preciſamente auia de ſuceder en el tercio, ſucedieſſe tambien en el quinto, y que en el no ſe le prefiriſſe el extraño.

40 Et *num.* 18 *pondera Caſtillo*, que auiendo el fundador agregado al tercio de mejora el quinto, fue viſto querer que lo principal, que es el tercio, atraxeſſe a ſi el quinto, que es menor principal, y que todo ſe cõſeruaſſe en vn ſucceſſor.

Et *num.* 20 *pondera Caſtillo* por eſta opinion la reſolucion de *Molin lib.* 1. *cap.* 9. *ex num.* 18. *vſque ad* 22. que ſon los miſmos fundamentos que la alegacion contraria trae por doña Ines Freyle, ſiendo aſsi que Caſtillo a donde ſe ſacaron *d. cap.* 100. los põdera en fauor del deſcendiente que no pudo ſer excluſo del tercio para que ſuceda tambien en el quinto.

41 Y ſi ſe dixere, que la legitima de don Nicolas, y el oficio de Regidor de Badajoz, y el quinto montan mas que el tercio: y que aſsi el tercio ſe ha de ſugetar a la diſpoſicion en eſtos bienes.

42 Es facil la reſpueſta, que ſiendo indubitable la juſticia del Conuento en quanto al tercio, es llana tambien en quãto a eſtos bienes para no induzirſe la diuiſion, porque proceden los fundamentos aduertidos en quanto a la veriſimil mente de la indiuiſilidad de los bienes, y perpetuidad del mayorazgo, y que el

fun-

fundador si fuera preguntado deste caso le determinara en fauor de sus descendientes. Y tābien, que no siēdo posible, q̄ el tercio vaya con los demas bienes a doña Ines Freyle, seria precisa la diuision contra la voluntad, y mente del fundador.

43 Lo que se dize num. 48. de que para el remedio possessorio, se puede aprouechar doña Ines de la letra del mayorazgo en este remedio possessorio de tenuta. A que se ha de atender, porque la *l.45. de Toro* admite a la sucesion del mayorazgo por aquel remedio tan sumario al que conforme a la fundacion deue ser admitido. Y como este es, no solamente el llamado, sino aquel que no puede ser excluso, y deuio ser llamado conforme a la *l. 27. de Toro*, en necessaria consequencia se compete el remedio possessorio, iuxta *l.45. Taur.* vt tradit *Paz de tenuta, cap. 30. per tot. citado in 1. allegat. num* 28.

44 Con lo qual concurre, que la Religiosa no està exclusa deste vinculo, sino llamada expressamente por la conjetura de la *l. cùm auus decendit*, y los demas fundamentos del articul. 1.

Ex quibus concludimus, auerse de pronunciar sentencia de tenuta en fauor de la dicha Religiosa, Saluo, &c.

L. Dorbelos

L. Jiquero